



Fall-Nr.:	B 2017/264
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	21.11.2019
Entscheiddatum:	09.01.2018

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, 09.01.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 17 Abs. 2 IVöB. Die Vergabebehörde hat den Zuschlag zunächst der nicht mehr unter dieser Firma im Handelsregister eingetragenen „Woertz AG“ erteilt. Nachdem einer gegen diesen Zuschlag erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewährt worden war, verfügte die Vergabebehörde den Zuschlag neu an die „Woertz Handels AG“. Auch der dagegen erhobenen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung gewährt. In der Folge schloss die Vergabebehörde die „Woertz Handels AG“ vom Vergabeverfahren aus und erteilte den Zuschlag der BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen, welche gegen die beiden früheren Zuschläge Beschwerde erhoben hatte. Gegen den Ausschluss und den neuen Zuschlag erhebt die „Woertz Handels AG“ Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Ihr Gesuch, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, wird abgewiesen. Ihr vom Vergabeverfahren ausgeschlossenes Angebot kann nicht klar und eindeutig einer bestimmten juristischen Person, mit welcher schliesslich der Vertrag abzuschliessen wäre, zugeordnet werden. Die „Bereinigung“ des Angebots im Sinn einer Klärung, welchem Unternehmen es überhaupt zuzuordnen ist, käme einer vergaberechtlich verpönten nachträglichen Abänderung der Anbieter/ Vertragspartner gleich. Letzteres ist rechtsprechungsgemäss unzulässig und hätte die Ungültigkeit der „neuen“ Offerte zur Folge (Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht, B 2017/264). Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde ans Bundesgericht wurde mit Verfügung vom 25. April 2018 abgewiesen. Mit Verfügung vom 3. August 2018 wurde das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen (Verfahren 2C_64/2018).

Verfügung vom 9. Januar 2018

Verfahrensbeteiligte

Woertz Handels AG, Hofackerstrasse 47, Postfach 948, 4132 Muttenz,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin,

vertreten durch Dr. Philippe Nordmann und/oder Herr MLAW David M. Hill, Walder Wyss AG, Aeschenvorstadt 48, Postfach 633, 4010 Basel,

gegen

Spitalanlagengesellschaft Kantonsspital St. Gallen, Rorschacher Strasse 95,
9007 St. Gallen,

Vorinstanz,

vertreten durch lic. iur. Claudia Schneider Heusi und/oder Frau M.A. HSG Isabelle Hanselmann, Schneider Rechtsanwälte AG, Seefeldstrasse 60, Postfach, 8034 Zürich,

und

BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen, Holzstrasse 62, 9010 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. oec. HSG Thomas Frey, Frey Storchenegger Eugster Schultz, Rorschacher Strasse 107, 9000 St. Gallen,

Gegenstand

Vergabe Erweiterung und Erneuerung Haus 02 (BKP 232.3 Bettenkanäle; Widerruf, Ausschluss und Zuschlag) / aufschiebende Wirkung

Der Abteilungspräsident stellt fest:

Die Spitalanlagengesellschaft Kantonsspital St. Gallen hat am 11. Dezember 2017 ihre Verfügung vom 8. November 2017, mit welcher sie den Zuschlag für die Bettenkanäle bei der Erweiterung und Erneuerung des Hauses 02 zum Preis von CHF 221'644.99



St.Galler Gerichte

(inkl. Mehrwertsteuer) der Woertz Handels AG erteilt hatte (vgl. B 2017/234), aufgehoben, die Woertz Handels AG vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und den Zuschlag zum Preis von CHF 454'680 (inkl. Mehrwertsteuer) der BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen erteilt. Die Woertz Handels AG (Beschwerdeführerin) erhob gegen die Verfügungen der Spitalanlagengesellschaft Kantonsspital St. Gallen (Vorinstanz) vom 11. Dezember 2017 mit Eingabe ihrer Rechtsvertreter vom 22. Dezember 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte unter anderem ein Begehren um aufschiebende Wirkung. Der zuständige Abteilungspräsident untersagte der Vorinstanz mit Verfügung vom 28. Dezember 2017 den Abschluss des Vertrages einstweilen. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung ihrer Rechtsvertreterinnen vom 3. Januar 2018, das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen umgehend abzuweisen. Mit persönlich überbrachter Eingabe vom 5. Januar 2018 beantragte auch die BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen (Beschwerdegegnerin) die Abweisung des Gesuchs unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Abteilungspräsident erwägt:

1. Gemäss Art. 42 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) entscheidet der Präsident des Verwaltungsgerichts grundsätzlich innert einer Ordnungsfrist von zehn Tagen nach Eingang der Beschwerde über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Da das Verwaltungsgericht in Abteilungen gegliedert ist, steht diese Befugnis dem Abteilungspräsidenten zu (Art. 4 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22, in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP).

2. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 IVöB kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen



entgegenstehen. Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

3.

3.1. Die Vorinstanz hatte den Zuschlag für die ausgeschriebenen Arbeiten am 9. Oktober 2017 der „Woertz AG“ erteilt. Die nicht berücksichtigte BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen, erhob gegen diesen Zuschlag Beschwerde beim Verwaltungsgericht (B 2017/214). Ihrem Gesuch um aufschiebende Wirkung entsprach der zuständige Abteilungspräsident am 30. Oktober 2017 mit der Begründung, die Zuschlagsempfängerin sei am 26. Juni 2012 aufgelöst und das Firmenvermögen auf die am 27. Juni 2012 neu eingetragenen Woertz Immobilien und Dienstleistungs AG sowie die Woertz Handels AG, die Woertz Produktions AG und die Woertz Engineering AG übertragen worden. Der Zuschlag gehe darauf zurück, dass als Anbieter ausdrücklich die – nicht mehr existierende – „Woertz AG“ genannt werde. Auf welches Unternehmen sich die „Angaben zum Anbieter“ im Angebot bezögen, sei unter den konkreten Umständen nicht nachvollziehbar. Da deshalb nicht klar sei, mit welcher Firma der Vertrag abgeschlossen werde, erscheine die Beschwerde – bei der gebotenen summarischen Prüfung – als ausreichend begründet.

In der Folge erteilte die Vorinstanz den Zuschlag widerrufsweise am 8. November 2017 der Woertz Handels AG. Auch gegen diesen Zuschlag erhob die BRECO-Bauelemente AG, St. Gallen beim Verwaltungsgericht Beschwerde (B 2017/234). Auch in diesem Verfahren wurde ihrem Gesuch um aufschiebende Wirkung entsprochen mit der Begründung, die Erteilung des Zuschlags an die Woertz Handels AG vermöge nichts daran zu ändern, dass das Angebot ausdrücklich für und namens der – nicht mehr existierenden – „Woertz AG“ eingereicht worden sei. Die Woertz Handels AG habe ihrerseits gar nie ein rechtsverbindliches und rechtsgültiges Angebot eingereicht. Es sei davon auszugehen, dass sie als Zuschlagsempfängerin nicht in Betracht fallen könne. Ein namens einer nicht mehr existierenden Firma eingereichtes Angebot könne und dürfe nicht einfach an eine der aufgelösten Firma nahestehende Firma erteilt werden.



3.2. Die Beschwerdeführerin strebt in erster Linie die Bestätigung der Zuschlagsverfügung vom 8. November 2017 an. Die summarische Überprüfung dieses Zuschlags – und auch des vorangehenden an die „Woertz AG“ – ergab indessen, dass das dagegen erhobene Rechtsmittel als begründet erschien und die entsprechende Verfügung vom 8. November 2017 – wie auch die vorangegangene an die „Woertz AG“ vom 9. Oktober 2017 – hätte aufgehoben werden müssen. Insoweit erscheint das Begehren der Beschwerdeführerin, es sei ihr beschwerdeweise der Zuschlag zu erteilen, bei der gebotenen summarischen Überprüfung nicht als ausreichend begründet.

Die Vorbringen in der Beschwerde vermögen daran nichts zu ändern. Dagegen, dass ein gültiges Angebot der Beschwerdeführerin vorliegt, sprechen die konkreten Angaben im Angebot vom 4. September 2017: Sowohl das Angebot selbst als auch das – zwar auf Briefpapier der Beschwerdeführerin verfasste – Begleitschreiben wurden für die nicht mehr existente „Woertz AG“ unterzeichnet. Soweit Firmenstempel verwendet wurden, lauten sie ebenfalls auf die „Woertz AG“. Dass sich die „Angaben zum Anbieter“ im Formular 1 der Ausschreibungsunterlagen insbesondere zur Deckungssumme der Haftpflichtversicherung, zum Umsatz in den vergangenen drei Jahren sowie zur Anzahl der Projekte und der Mitarbeiter auf die Woertz Handels AG beziehen, obwohl als Firmenbezeichnung der Anbieterin „Woertz AG“ angegeben wird, lässt sich dem Angebot nicht entnehmen. Deshalb kann aus dem Angebot auch nicht abgeleitet werden, die Beschwerdeführerin könne den aus dem Zuschlag resultierenden Verpflichtungen ohne weiteres vollumfänglich nachkommen. Die Gründe, welche 2012 zur neuen Organisation der „Woertz AG“ mit verschiedenen rechtlich selbständigen Firmen geführt haben, sind nicht geeignet, Klarheit darüber zu schaffen, für welches Unternehmen das Angebot eingereicht wurde. Auch der gemeinsame Auftritt und die wirtschaftliche Einheit der die „Woertz Gruppe“ bildenden vier Unternehmen, deren gemeinsame Erklärung, die „Woertz Handels AG“ sei als Anbieterin aufgetreten, und die Eintragung der Marke „Woertz“ ändern nichts daran, dass die Woertz AG in die Woertz Immobilien und Dienstleistungs AG – und nicht etwa in die Woertz Handels AG – überführt worden ist. Selbst wenn also die „Woertz AG“ unter der geänderten Firma „Woertz Immobilien und Dienstleistungs AG“ als juristische Person weiter besteht, könnte das Angebot nicht der „Woertz Handels AG“ zugerechnet werden. Wenn die Vorinstanz den Zuschlag am 9. Oktober 2017



ausdrücklich der „Woertz AG“ erteilt, kann auch nicht gesagt werden, sie habe „nie Zweifel daran“ aufkommen lassen, „dass sie die Beschwerdeführerin als Anbieterin betrachtet“ habe.

3.3. Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, Zweifel an der Identität der Anbieterin stellten noch lange keinen Ungültigkeits- oder Ausschlussgrund dar. Ein Ausschluss dürfe nur nach Abwägung aller auf dem Spiel stehenden Interessen erfolgen und müsse den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung Rechnung tragen. Ein Ausschluss sei überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung von den Anforderungen geringfügig oder im Ergebnis unbedeutend sei. Die Vergabestelle könne zudem eine nachträgliche Einreichung von Detailnachweisen zulassen. Besondere Zurückhaltung sei geboten, wenn lediglich zwei Offerten vorlägen. Die Rechtsprechung spreche sich bei solchen Konstellationen im Interesse von Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit gegen eine strenge Handhabung der Ausschlussvorschriften aus. Die Vorinstanz wäre vor dem Hintergrund des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Verbots des überspitzten Formalismus verpflichtet gewesen, Zweifel an der Identität der Anbieterin mittels geeigneter Rückfragen oder Einholung zusätzlicher Detailnachweise auszuräumen. Die Bestätigung, dass das Angebot der Beschwerdeführerin zuzurechnen ist, hätte keine nachträgliche Änderung dargestellt. Das Vergaberecht lasse Konzernangebote unabhängig von den konkreten Ausschreibungsbestimmungen zu.

Die Verwendung der Firma „Woertz AG“ mag als Unsorgfältigkeit bezeichnet werden. Sie hat aber zur Unklarheit darüber geführt, welchem Unternehmen innerhalb der „Woertz Gruppe“ das Angebot zuzuordnen war. Wie bereits ausgeführt, liegen – entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin – keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor, dass die Vorinstanz „das Angebot bislang problemlos der Beschwerdeführerin zuzuschreiben wusste“. Vorliegend geht es sodann nicht darum, einzelne untergeordnete Nachweise nachträglich zu erbringen. Vielmehr kann das Angebot nicht klar und eindeutig einer bestimmten juristischen Person, mit welcher schliesslich der Vertrag abzuschliessen wäre, zugeordnet werden. Die „Bereinigung“ des Angebots im Sinn einer Klärung, welchem Unternehmen es überhaupt zuzuordnen ist, käme einer vergaberechtlich verpönten nachträglichen Abänderung der Anbieter/ Vertragspartner gleich. Letzteres ist rechtsprechungsgemäss unzulässig und hätte die



St.Galler Gerichte

Ungültigkeit der „neuen“ Offerte zur Folge (vgl. Präsidialverfügung B 2017/154 vom 3. August 2017 E. 5.2).

4. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erscheint die Beschwerde nicht hinreichend begründet, weshalb das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist. Die Vorinstanz teilt entsprechend Art. 37 Abs. 2 VöB einen allfälligen Vertragsschluss umgehend dem Verwaltungsgericht mit.

5. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin sind einzuladen, bis 9. Februar 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist ist Verzicht anzunehmen.

6. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidungsgebühr für die Zwischenverfügung von CHF 1'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 211 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin, deren Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, ausseramtlich ermessensweise mit CHF 2'400 zuzüglich CHF 96 pauschale Barauslagen (vier Prozent von CHF 2'400) ohne Mehrwertsteuer – die mehrwertsteuerpflichtige Beschwerdegegnerin kann die in der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld abziehen (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 6, www.gerichte.sg.ch; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 194) – zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP; Art. 6, Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b und Art. 28^{bis} Abs. 1 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75).

Der Abteilungspräsident verfügt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin werden eingeladen, bis 9. Februar 2018 materiell zur Beschwerde Stellung zu nehmen (in dreifacher Ausfertigung). Nach unbenützter Frist wird Verzicht angenommen.



3. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Zwischenverfahrens von CHF 1'000.

4. Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin für das Zwischenverfahren mit CHF 2'496 (ohne Mehrwertsteuer).

Der Abteilungspräsident

Zürn